Publicidad “made in Ecuador” **y otras restricciones a la expresión publicitaria a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Comunicación**

Andrea Muñoz Saritama
andre.munoz.s@gmail.com

Resumen

A partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Comunicación, el 25 de junio de 2013, nuevas disposiciones comenzaron a regir el ámbito publicitario. Es así que se dispuso que la publicidad a difundirse en el Ecuador debe ser producida por una persona natural o jurídica ecuatoriana. No obstante, no se aclara el alcance de la palabra producción, por lo que existe incertidumbre respecto a si la etapa de creatividad también debe someterse a ciertas exigencias. Este y otros vacíos normativos más serán analizados a continuación.
Además, se examinará la proporcionalidad entre las nuevas disposiciones y el fin perseguido, el mismo que apunta al fomento de la producción nacional. Así, se analizarán los posibles derechos fundamentales vulnerados como consecuencia de la aplicación del nuevo marco jurídico y; finalmente, se expondrá cómo estas disposiciones atentan contra derechos de propiedad intelectual ampliamente reconocidos.

Palabras clave

publicidad, producción, creatividad, proporcionalidad, derecho a la libertad de expresión, derecho a la libertad de empresa, propiedad intelectual.

Abstract

The Organic Law of Communication, which was enacted on June 25 2013, establishes new provisions in terms of advertising. In this sense, the law determines

that all advertisement that is broadcasted in Ecuador must be produced by Ecuadorian individuals or corporations. However, the scope of the word production is unclear. Thus, this paper seeks to determine whether or not the aforementioned provision is also applicable to the creativity stage.
Moreover, proportionality between the new provisions and their intended purpose- promoting domestic production- will be analyzed. The paper will also evaluate the potential violations of fundamental human rights that could derive from applying this new legal framework. Finally, this study will discuss the possible repercussions and violations of widely recognized intellectual property rights.

Key words

Advertising, production, creativity, right to freedom of expression, right to freedom of enterprise, intellectual property.

Índice

1. Introducción

¿Existe alguna empresa que no emplee la publicidad como medio para atraer al consumidor? ¿Podría una marca subsistir sin publicidad? Estas interrogantes permiten deducir la importancia de esta técnica de mercadeo, empleada como medio para llamar la atención del consumidor, y lograr que este adquiera un producto o se interese en la prestación de un servicio determinado.

La presente investigación tiene como objetivo principal realizar un análisis de la publicidad en el Ecuador a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Comunicación (LOC) y su Reglamento. Estos cuerpos normativos brindan un nuevo marco regulatorio a la publicidad ecuatoriana, pues esta última pasa a ser empleada como el medio para fomentar la producción nacional. Al cumplirse más de un año de la entrada en vigencia de la LOC, es necesario indagar en estas nuevas disposiciones, su alcance y legitimidad pues como se expondrá a continuación, varias de estas disposiciones se traducen en barreras a la práctica publicitaria.

El trabajo se dividirá en cinco partes. En primer lugar, se presentará una breve reseña histórica de la publicidad y su evolución normativa en el ordenamiento ecuatoriano. A continuación, se expondrán ciertos vacíos normativos que hasta el momento no han sido clarificados, generando así dificultades en el desarrollo publicitario. Posteriormente, se cuestionará la legitimidad de las nuevas restricciones que resultan ser atentatorias a derechos del anunciante, principalmente al derecho a la libertad de expresión y libertad empresarial. Luego, se analizará cómo los derechos de propiedad intelectual son totalmente irrespetados debido a estas nuevas limitaciones. Finalmente, se expondrá las conclusiones de la presente investigación y un comentario personal al respecto.

2. Breve reseña histórica sobre la publicidad y su regulación en el Ecuador

La publicidad nace con el origen del comercio de bienes y servicios, es así que en Babilonia ya existieron anuncios en tablillas de barro cocido, al igual que voceros que resaltaban las bondades de aquello que se preten-

día vender.[1] Asimismo, en Egipto se puede constatar que muchas de las inscripciones realizadas en las pirámides gozaban de un gran valor comercial y publicitario. De igual forma, en Grecia aparecieron los "axones" -postes de piedra- en donde se colocaron pergaminos y papiros con avisos comerciales.[2]

Por su parte, en Roma se desarrollaron varios tipos de anuncios de los cuales se destacan: "los alba", mensajes oficiales inscritos sobre muros de piedra de carácter puramente informativo; "los libelos", textos menos oficiales inscritos sobre papiros y "los grafitos", textos anónimos y recurrentes con mensajes publicitarios.[3] Más adelante, a finales del siglo XV, la aparición de la imprenta marca una nueva etapa para la publicidad, pues los medios rudimentarios pasan a ser desplazados por la prensa escrita.[4]

En el Ecuador, la primera imprenta fue traída desde España por la Compañía de Jesús, en el año de 1750, la misma que en un principio estuvo destinada de forma exclusiva para la publicación de obras religiosas.[5] Posteriormente, se crearon varios periódicos que constituyeron los primeros soportes para los anuncios publicitarios. De esta forma, el desarrollo continuo de dicha industria, sumado a la aparición de la radio a finales del siglo XX, conllevó a un consecuente progreso de la actividad publicitaria.[6]

Es así que, el 22 de mayo de 1968 se crea la Asociación Ecuatoriana de Agencias de Publicidad (AEAP), cuyos objetivos principales eran profesionalizar la actividad publicitaria y generar una relación sólida con los medios de comunicación y anunciantes, en beneficio de los consumidores. En 1982 esta asociación presenta el Código de Ética y Autorregulación Publicitaria, instrumento de autodisciplina para la industria publicitaria. Si bien este código no constituye un cuerpo legal, recoge ciertos principios que delimitan la práctica publicitaria.[7]

---

1 Jhonson Thomas. *Publicidad*. México D.F: Pearson. 2005, p.9.
2 Raúl Eguizábal. *Historia de la Publicidad*. Madrid: Celeste Ediciones, 1998, p. 14.
3 Antonio Checa. *Historia de la Publicidad*. España: Gesbiblo, S. L., 2007, p. 6.
4 José Carbonell *et al*. *El impacto económico de la cultura en Perú*. Bogotá: Convenio Andres Bello, 2005, p. 87.
5 Julio Castillo, Gerardo Nicola y Horacio Sevilla. "Tras la huella de la primera imprenta". *La Hora*. 04/03/2006.
6 Antonio Checa. *Historia de la Comunicación: De la Crónica a la Disciplina Científica*. España: Gesbiblo, S. L., 2008, p. 166.
7 AEAP. *Historia de la Asociación Ecuatoriana de Agencias de Publicidad*. <http://aeapecuador.com/historia.php> (acceso: 14/11/2014).

De esta forma, surge la necesidad de crear una normativa que regule la publicidad de manera más específica, por lo que al expedirse, en 1990, La Ley de Defensa del Consumidor se destina el capítulo tercero para regular aspectos básicos de la actividad publicitaria.[8] Asimismo, a partir de la Constitución de 1998 ya se incorpora la prohibición de publicidad engañosa y abusiva.[9]

Posteriormente, en el año 2000 entra en vigencia la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor -derogatoria de la anterior- que establece un marco normativo más riguroso para la publicidad en resguardo del consumidor.[10] De igual forma, la Constitución de 2008 dispone prohibiciones a la expresión publicitaria con el fin de proteger a este último.[11] Finalmente, el 25 de junio de 2013, se expide la Ley Orgánica de Comunicación (LOC) que lejos de enfocarse en el consumidor, se aparta de toda lógica mantenida en la regulación de la publicidad y atenta de forma directa contra la libertad de expresión y empresarial, como será expuesto posteriormente.

3. Nuevas regulaciones, nuevos vacíos a la práctica publicitaria

Conforme al Art. 98 de la LOC:

> La publicidad que se difunda en territorio ecuatoriano a través de los medios de comunicación deberá ser **producida** por personas naturales o jurídicas ecuatorianas, cuya titularidad de la mayoría del paquete accionario corresponda a personas ecuatorianas o ex-

8 En esta Ley se prohíbe difundir información falsa que induzca a error, confusión de calidad, cantidad o precio; promover el uso indebido de sustancias psicotrópicas o estupefacientes; utilizar declaraciones falsas concernientes a la existencia de rebajas en los precios de bienes y servicios; y, vulnerar valores históricos patrióticos, culturales o religiosos. Ley de Defensa del Consumidor, 1990. Artículo 14 y 15. Registro Oficial No. 520 de 12 de septiembre de 1990.

9 Se prohíbe de manera expresa la publicidad engañosa y abusiva, o que induzca a error en la elección del bien o servicio que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor. Constitución Política de la República del Ecuador, 1998. Artículos 81 y 244. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

10 Se establece que el proveedor cuya publicidad sea considerada engañosa o abusiva, será sancionado con una multa de mil a cuatro mil dólares. Cuando un mensaje publicitario sea engañoso o abusivo, la autoridad competente dispondrá la suspensión de la difusión publicitaria, y además ordenará la rectificación de su contenido, a costa del anunciante, por los mismos medios, espacios y horarios. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 72. Registro Oficial Suplemento No. 116 de 10 de julio de 2000.

11 Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos. Además, se establece que el Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 19 y 364. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

> tranjeros radicados legalmente en el Ecuador, y cuya nómina para su **realización** y **producción** la constituyan al menos un 80% de personas de nacionalidad ecuatoriana o extranjeros legalmente radicados en el país. En este porcentaje de nómina se incluirán las contrataciones de servicios profesionales.
> Se prohíbe la importación de piezas publicitarias producidas fuera del país por empresas extranjeras.
> Para efectos de esta ley, se entiende por producción de publicidad a los comerciales de televisión y cine, cuñas para radio, fotografías para publicidad estática, o cualquier otra pieza audiovisual utilizada para fines publicitarios (…) (el resaltado es propio).[12]

De esta disposición se desprenden dos exigencias claras: i) la publicidad deber ser producida por una persona natural o jurídica ecuatoriana y, ii) la nómina para la realización y producción de la publicidad debe estar constituida por al menos un 80% de ecuatorianos o extranjeros legalmente radicados en el Ecuador.

El primer vacío normativo radica en el alcance de la palabra "producción", el cual no ha sido determinado por la propia ley ni, posteriormente, por su reglamento. El clarificar dicho término cobra relevancia al tratar de identificar si el trabajo creativo forma parte de la producción publicitaria y, por ende, debe sujetarse a las exigencias anteriormente mencionadas.[13] La redacción del artículo evidentemente genera incertidumbre, pues al establecerse que la nómina para la realización y producción de la publicidad debe estar constituida por nacionales y residentes, parecería que la intención del legislador era la de incluir el trabajo creativo como parte de la producción de material publicitario.

Al existir dudas respecto a la interpretación de este artículo, es necesario acudir a las reglas de interpretación recogidas por el Art. 18 del Título Preliminar del Código Civil Ecuatoriano, el cual dispone como tercera regla:

"Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso".[14]

12 Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 98. Registro Oficial Suplemento No. 22 del 25 de junio de 2013.
13 María Ángeles González y María Dolores Prieto. *Manual de Publicidad*. Madrid: ESIC Editorial, 2009, p. 169.
14 Código Civil (Título Preliminar). Artículo 18. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

La palabra producción ha sido entendida como la etapa en que las ideas se ejecutan, y pasan a convertirse en un anuncio para ser presentado al consumidor.[15] A su vez, se pueden distinguir distintos momentos en la etapa de producción publicitaria: a) la planeación, fase en la que se detectan las necesidades del mercado y las oportunidades del producto o servicio, b) la realización, fase que alude al acto de materializar la publicidad, c) la post-producción, fase que implica la edición y corrección del material publicitario final.[16]

La etapa creativa, por su parte, implica un momento previo a la etapa de producción, en la cual se determina el concepto publicitario a desarrollarse posteriormente.[17] De esto se deduce que dicha etapa no forma parte del proceso de producción publicitaria *per se*, sino que a una fase preliminar de generación de ideas. Consecuentemente, aquellas podrían provenir del extranjero y ser utilizadas para la ejecución de una publicidad en el Ecuador, pues están fuera del régimen establecido por la LOC.

A su vez, esta interpretación se ve soportada por ciertas disposiciones del Reglamento a la LOC. Es así que, con el fin de diferenciar entre anunciante y agencia de publicidad, se especifican algunos servicios que prestan estas últimas:

> Art. 45.- Agencia de publicidad.- Las agencias de publicidad son sociedades legalmente constituidas en el Ecuador, con personería jurídica, que en el ejercicio de su actividad profesional ofrece a sus clientes, entre otros, los siguientes servicios:
> 1. Estrategias creativas y desarrollo de la creatividad.
> 2. Elaboración de artes para publicación en medios masivos o impresión.
> 3. Producción audiovisual electrónica y de empresas (…)

En este sentido, se separa el servicio de desarrollo de estrategias creativas del servicio de producción, lo cual permite develar que la producción publicitaria no abarca necesariamente la etapa creativa. De igual forma, el Art. 46 del Reglamento en mención, establece que: "son productores de

15 Victor Curto, Juan Rey y Joan Sabaté. *Redacción Publicitaria*. Barcelona: Editorial UOC, 2008, p. 34.
16 Florencia Visca. *Idear, planificar y ejecutar una producción*. http://www.palermo.edu/dyc/opendc/opendc2010_1/apuntes/065.pdf (acceso: 30/10/2014).
17Carlos Navarro. *Creatividad publicitaria*. Madrid: ESIC Editorial, 2010.

publicidad todas las personas naturales o jurídicas que se dedican profesionalmente y de manera organizada a la preproducción, producción, rodaje y postproducción de la publicidad".[18] Sin embargo, al no detallarse el alcance de ninguna de estas fases, es necesario recurrir a la interpretación técnica de dichas palabras, conforme a lo establecido anteriormente.

No obstante, acorde a declaraciones de los miembros del pleno del Consejo de Regulación y Desarrollo de Información y Comunicación (CORDICOM), el espíritu de la Ley de Comunicación es alentar a la creatividad y producción en la publicidad nacional.[19] Por lo tanto, la creatividad también se debería ajustar a las exigencias requeridas. Resulta evidente que al no existir un pronunciamiento expreso respecto a esta problemática, existe un vacío normativo que genera trabas a la práctica publicitaria.

El segundo vacío normativo es respecto a la prohibición de importación de piezas publicitarias establecida en el segundo párrafo del artículo previamente mencionado. La LOC establece que para efectos de dicha ley, se entiende por producción de publicidad a los comerciales de televisión y cine, cuñas para radio, fotografías para publicidad estática, o cualquier otra pieza audiovisual con fines publicitarios. Esta disposición dejó una serie de cabos sueltos, en especial lo atinente al uso de fotografías, ya que no se clarificaba el alcance de la prohibición respecto a fotografías extranjeras, así como el empleo de imágenes que no necesariamente incluyen fotografías.

No obstante, una vez expedido el Reglamento a la LOC, se dio respuesta a varias interrogantes. Es así que se dispuso lo siguiente:

> Art. 56.- Fotos publicitarias.- Las fotos que sean utilizadas para la realización de piezas publicitarias móviles o estáticas de bienes y servicios que sean ofertados dentro del territorio ecuatoriano serán realizadas por autores nacionales o extranjeros que residan regularmente en el Ecuador. Se exceptúan de la regla anterior:
> 1. Las fotos o imágenes destinadas a elaborar anuncios móviles o estáticos de películas o producciones audiovisuales extranjeras; eventos

18 Reglamento a la Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 46. Registro Oficial Suplemento No. 170 del 27 de enero de 2014.
19 Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación. http://www.cordicom.gob.ec/el-espiritu-de-la-ley-de-comunicacion-es-alentar-la-produccion-y-creatividad-en-la-publicidad-nacional/ (acceso: 18/10/2014).

> artísticos, culturales o deportivos que se realizan en el extranjero; destinos turísticos en el extranjero; y, personajes animados o de ficción cuya imagen esté protegida por derechos de propiedad intelectual.
> 2. El uso de imágenes producidas en el extranjero hasta en un 20% de la composición fotográfica destinada a usos publicitarios para visibilizar a las personas o personajes que son la imagen internacional del producto (...).[20]

Es decir, queda claro que tanto las imágenes como fotografías tendrán que ser realizadas por autores nacionales o extranjeros residentes en el Ecuador, salvo las excepciones mencionadas. Sin embargo, aún resta preguntarse qué pasa con las piezas publicitarias de sólo audio o sólo imágenes que se publicitan por otros medios distintos a la televisión, cine y radio, como por ejemplo aquellas piezas que se publicitan por medio del internet. Evidentemente, el escenario que se dispone para la publicidad ecuatoriana aún genera dudas.

De igual forma, otro vacío normativo surge a partir de la redacción del Art. 96 de la LOC, en donde se menciona lo siguiente:

> Al menos el 10% del presupuesto anual destinado por los anunciantes privados para publicidad de productos, servicios o bienes que se oferten a nivel nacional en los medios de comunicación se invertirá en medios de comunicación de cobertura **local o regional.**
> Se garantizará que los medios de menor cobertura o tiraje, así como los domiciliados en sectores rurales, participen de la publicidad (…) (el resaltado es propio).[21]

A partir de esta disposición, los anunciantes están obligados a invertir un determinado porcentaje en medios de comunicación de cobertura local o regional. No obstante, ni en dicha ley ni en su reglamento se establece qué se entiende por local o regional. Es decir, bien podría tratarse de una parroquia rural o urbana, cantón o provincia, lo cual genera una vez más incertidumbre en la aplicación de la nueva normativa establecida por la LOC.

20 Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 56. Registro Oficial Suplemento No. 22 del 25 de junio de 2013.
21 Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación. http://www.cordicom.gob.ec/el-espiritu-de-la-ley-de-comunicacion-es-alentar-la-produccion-y-creatividad-en-la-publicidad-nacional/ (acceso: 18/10/2014).

Además, en el párrafo siguiente del artículo en mención, se establece que se garantizará que los medios de menor cobertura, así como los domiciliados en sectores rurales, participen en la publicidad. Consecuentemente, se estaría obligando a que el anunciante paute su publicidad en un determinado medio, al igual que la cantidad que se debe invertir.[22]El Reglamento de la LOC se encarga de enfatizar las consecuencias que soportarán los anunciantes que no cumplan con dicha disposición, mas no clarifica nada respecto a qué se entiende por medio de comunicación local o regional, ni establece parámetros para llevar a cabo dicha obligación.

4. Vulneración a derechos fundamentales de quienes publicitan su marca

Como es conocido, la LOC impone distintas restricciones a la libertad de expresión y opinión. Es así que, se han planteado demandas de inconstitucionalidad respecto a ciertos artículos que regulan el derecho a la comunicación. No obstante, como se expondrá a continuación, la Sección V de la ley en mención -atinente a la publicidad-, también vulnera derechos fundamentales de quienes publicitan su producto o servicio, como: i) el derecho a la libertad de expresión y, ii) derecho a la libertad de empresa.

4.1. Derecho a la libertad de expresión

En relación con la libertad de expresión, como bien lo establece el Art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

> Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y **difundir informaciones e ideas de toda índole**, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (…) (el resaltado es propio).[23]

Al respecto, se ha establecido que la publicidad al ser una manifestación de la libertad de expresión, también está amparada por dicho derecho. Es así

22 Carlos Arroyo del Río. El futuro de la publicidad en el Ecuador. http://www.falconipuig.com/cyber-lex/el-futuro-de-la-publicidad-en-ecuador/ (acceso: 30/10/2014).
23 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13.

que, las informaciones de naturaleza meramente comercial no se excluyen del ámbito de aplicación del presente artículo. No obstante, es lógico que el nivel de protección del derecho a la libertad de expresión de un anunciante, en la medida en que están en juego los derechos del consumidor, sea menor que el que se concede a la expresión de otras ideas.[24]

Para poder analizar la legitimidad de las disposiciones establecidas por la Ley Orgánica de Comunicación en cuanto a la producción de publicidad ecuatoriana y la prohibición de emplear fotografías extranjeras, es necesario recurrir al test de proporcionalidad. Es así que, conforme a La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, uno de los métodos de interpretación constitucional es el principio de proporcionalidad, que implica: i) la verificación de que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, ii) que sea idónea, necesaria para garantizarlo y, iii) que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.[25]

Respecto al primer requisito, el objetivo que se pretende con las restricciones anteriormente expuestas es fomentar la producción nacional. Dicho objetivo está presente en distintas normas constitucionales en las que se hace referencia al deber del Estado de promover la producción nacional. Por ello, se podría deducir que por medio de las limitaciones se protege un objetivo constitucionalmente válido.

No obstante, en lo atinente al segundo requisito, las limitaciones carecen de idoneidad pues no son necesarias para garantizar el objetivo en mención. El fomentar la producción nacional es un deber del Estado que implica la generación de programas, proyectos y estrategias de producción.[26] El adoptar disposiciones legales restrictivas, si bien puede ser el medio más rápido y fácil para lograr aumentar la producción nacional, no es el único medio para lograrlo. Existen otras alternativas posibles, como la elaboración de proyectos en los que se proporcione a los ecuatorianos las herramientas necesarias para una producción publicitaria de calidad; la

24 Susana Solans. *Publicidad y libertad de expresión: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, pleno de 15 de enero de 2010*. Diciembre de 2010. http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201012-98125456325871.html (acceso:30/10/2014).
25 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.
26 Ministerio Coordinador de Producción, Empleo y Competitividad. *Misión, Visión y Valores*. www.produccion.gob.ec (acceso: 19/11/2014).

realización de concursos que incentiven a los ecuatorianos a realizar campañas publicitarias en las que se reconozca el talento humano; impulsar la modernización y la eficiencia de la producción local para mejorar la competitividad internacional[27], entre otras.

Resulta evidente que limitar a que la publicidad sea producida en el Ecuador y prohibir el empleo de imágenes provenientes del exterior son restricciones inidóneas, ya que existen otros medios para satisfacer el objetivo legítimo de fomentar la producción nacional. Además, dichas limitaciones no se preocupan por promover producción nacional de calidad, lo que es primordial si se pretende aumentar la producción no solo localmente sino también a nivel internacional. Es así que, al contrario de lo pretendido, se podría entorpecer el desarrollo publicitario, pues la normativa en realidad no incentiva al productor nacional, sino que refleja una política de carácter paternalista que se enfoca en asegurar su empleo.

Finalmente, en relación con el equilibrio que debe guardar la protección y la restricción constitucional se realizan las siguientes consideraciones. Más allá de una protección, las medidas adoptadas aluden a una política pública de carácter socio económico, que tiene como fin último dar más trabajo a los productores ecuatorianos. La restricción constitucional no guarda equilibrio con el objetivo que se persigue, pues aparte de existir otros medios para lograr dicho fin, las limitaciones son medios indirectos que permiten elevar los niveles de empleo y desarrollo nacional.

Por todo lo expuesto, al no ser las medidas idóneas y proporcionales se concluye que estamos frente a restricciones inconstitucionales, que vulneran, entre otros, el derecho a la libertad del anunciante.

4.2 Derecho a la libertad de empresa

Considerando que la empresa es el eje fundamental del modelo económico moderno resulta indudable la importancia del principio de libertad de empresa. En la legislación ecuatoriana, dicho derecho se encuentra recogido en el Art. 66 numeral 15 de la Constitución, el cual hace alusión al derecho a desarrollar actividades económicas. No obstante, no existe una

27 Allan Brewer-Carías. *Reflexiones sobre la Constitución Económica*. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/43/rdpub_1990_43_5-16.pdf (acceso: 19/11/2014).

disposición constitucional que profundice el alcance de este derecho por lo que es necesario acudir al derecho comparado, jurisprudencia y doctrina para poder delimitar el ámbito de aplicación de la libertad empresarial.

Al respecto, resulta de gran utilidad la Constitución Española, en donde se ha dispuesto lo siguiente:

> Art. 38: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación.[28]

En efecto, la libertad de empresa permite asegurar a los individuos una esfera de actuación libre de injerencias estatales, pues su función específica radica en: "garantizar la independencia o autonomía de los ciudadanos permitiéndoles desplegar su potencial creativo en el ámbito económico de forma autónoma respecto del Estado y hacerlo de la forma menos regulada posible".[29]

Siguiendo la misma línea de pensamiento, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que la libertad de empresa comprende, entre otras garantías, la libre iniciativa privada y la libertad contractual.[30] Se entiende por la primera, aquella libertad de la cual gozan todas las personas para desarrollar cualquier actividad económica, dentro de los límites del bien común.[31]Por su parte, la libertad de contratación, implica la capacidad de celebrar los acuerdos necesarios para el desarrollo de la actividad económica.[32]

Resulta lógico, que al igual que cualquier otro derecho en el que está en juego la libertad, éste no sea absoluto, es decir admite limitaciones. No obstante,

28 Constitución Española. Artículo 38. 29 de diciembre de 1978.
29 Luis Sabogal. *Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia*. http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=emerca&page=article&op=view&path%5B%5D=2104 (acceso: 30/11/2014).
30 Corte Constitucional Colombiana. *Caso Jairo José Arenas Romero c. la Ley 1438 de 2011*. Resuelto el 14 de marzo de 2012. C197-12.
31 Base de Datos Políticos de las Américas. R*egulación de iniciativa privdada*. http://pdba.georgetown.edu/Comp/Comercio/Domestico/iniciativa.html (acceso: 19/10/2014).
32 Pablo González. *Libertad de Competencia*. 9 de diciembre de 2009. 7 de octubre de 2014 http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocomercial/2009/12/09/libertad-de-competencia (acceso: 19/10/2014).

como bien lo ha establecido la Corte colombiana, las restricciones que se llegaren a presentar tienen que:

> (i) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, (ii) obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la Constitución, y (iii) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.[33]

Como ya se mencionó, las restricciones que impone la LOC no son proporcionales ni constituyen el único medio para satisfacer el objetivo que se pretende. Además, existe una vulneración a la libertad de contratación pues al determinar que la publicidad tiene que ser producida en el Ecuador, no se permite al anunciante ecuatoriano que contrate a una empresa extranjera para la producción de su publicidad, al igual que un extranjero que desee publicitar su marca en el ecuador debe forzosamente contratar con una agencia de publicidad ecuatoriana.

5. ¿Se respetan derechos de propiedad intelectual?

La Constitución en sus artículos 22, 25 y 322 reconoce el derecho de todas las personas a la propiedad intelectual. Asimismo, este derecho fundamental se contempla en distintos instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros.[34] En este sentido, la doctrina ha establecido que "al ser los derechos de propiedad intelectual semejantes a cualquier otro derecho de propiedad, permiten al creador o al titular de una patente, marca o derecho de autor, beneficiarse de su obra o inversión".[35]

Para el objeto del presente ensayo, es necesario enfocarse en el derecho marcario. Como bien lo ha establecido la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual una marca es un signo que permite diferenciar los productos o ser-

33 Corte Constitucional Colombiana. *Caso Andrés Julián Estrada Otálvara c. la Ley 1101 de 2006*. Resuelto el 6 de abril de 2011. C-263/11.
34 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 27 ; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 13.
35 OMPI. ¿Qué es la Propiedad Intelectual? http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf (acceso: 19/10/2014).

vicios de una empresa de los de otra.[36]De esta forma, conforme lo ha señalado el Tribunal Andino de Justicia, los derechos de propiedad industrial, como todo derecho de propiedad, implican el poder jurídico de usar, gozar y disponer de los bienes inmateriales que constituyen su objeto.[37]

Ahora bien, la publicidad está ligada a la facultad de uso que nace del derecho de propiedad intelectual que se tiene respecto de una marca. En este sentido, al ser éste el medio idóneo del que dispone el empresario para dar a conocer su producto o servicio, es prácticamente una necesidad el usar una marca para efectos publicitarios. Es así que, la publicidad ha servido como uno de los factores para determinar la notoriedad de un signo distintivo, entendiéndose por éste último aquel signo conocido "por la mayor parte del sector pertinente del público consumidor del producto o servicio que se distinga con ella, debido a la reputación adquirida por su uso y difusión".[38]

Por lo tanto, al constituir la publicidad el medio por excelencia para llegar a los consumidores y al ser ésta uno de los elementos que sirven para que una marca sea declarada como notoria, es esencial que se permita al empresario publicitar su signo distintivo de la manera en que éste lo desee, claro está sin vulnerar otros derechos. Siguiendo esta línea de pensamiento, resulta lógico que la publicidad se produzca con base en una estrategia publicitaria en la que se analice el tipo de producto o servicio, necesidades del consumidor, entre otros factores y no se tenga que direccionar ésta al cumplimiento de restricciones desproporcionales que implican una afectación al derecho a la propiedad.

6. Conclusión y opinión personal

Como se ha demostrado en el presente ensayo, desde épocas remotas de la historia ya se emplea la publicidad como mecanismo para atraer al consumidor. Con el paso del tiempo, y a la vez que se desarrolla el comercio, este medio va cobrando relevancia, lo que apareja la necesidad de normas que establezcan límites en defensa del consumidor. Desde entonces, el desarrollo normativo publicitario siempre ha girado en torno a la protección de éste último y la realización de sus derechos. No obstante, a

36 Ibíd.
37 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial dentro del Proceso189-IP-2006.
38 Ricardo Camacho. *La Marca Notoria*. http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001560_notorias.pdf (acceso: 20/10/2014).

partir de la promulgación de la LOC, hay un cambio evidente en el fin que se pretende con la normativa. Es así que, la publicidad pasa a convertirse en el medio por el cual se pretende una política socio-económica: aumentar la producción nacional.

Para poder llevar a cabo dicha finalidad, se incorporan una serie de disposiciones, tales como la prohibición de importación de piezas publicitarias y las exigencias respecto a la producción nacional. Estas restricciones, al no estar debidamente delimitadas, generan vacíos e incertidumbres en la práctica publicitaria, lo que conlleva a que existan barreras en el desarrollo publicitario.

A su vez, estas restricciones no sólo que dejan cabos sueltos, sino que carecen de legitimación al no ser proporcionales ni idóneas con el fin que se pretende alcanzar. Es así que si el objetivo es fomentar la producción nacional, se pueden adoptar otras medidas que no atenten directamente contra libertades esenciales, como lo es la libertad de expresión y empresarial, ambas recogidas en nuestra Constitución. Cabe entonces preguntarse: ¿qué desarrollo nacional se pretende si para ello se tienen que menoscabar derechos de ciudadanos y extranjeros?, ¿ante qué clase de sociedad democrática estamos si derechos tan importantes son trasgredidos sin una justificación legítima?

Asimismo, como se analizó previamente, las restricciones adoptadas constituyen una vulneración a derechos de propiedad intelectual, pues la imposición de limites a la publicidad impiden que el dueño de una marca haga efectiva su facultad de uso. Además, al ser la publicidad el medio por excelencia para que una marca llegue a ser ampliamente conocida por los consumidores, se está irrogando un perjuicio directo al titular de la misma.

Desde mi perspectiva, el nuevo marco regulatorio de la publicidad, si bien atiende una finalidad social, no toma en cuenta la lógica de la producción publicitaria. Es así que se impide que la realización de una pieza sea el resultado de la puesta en marcha de una estrategia o metodología correcta, sino que pasa a estar determinada por las nuevas exigencias. Esto, aparte de vulnerar distintos derechos del anunciante; también limita al consumidor a recibir publicidad, pues ¿quién no ha conocido una marca extranjera gracias a su publicidad?, es más, ¿quién nunca ha disfrutado de un espacio publicitario extranjero?. Lamentablemente, con las nuevas regulaciones, se cierran estas posibilidades y el único tipo de publicidad a la cual el consumidor puede estar expuesto tiene que ser "made in ecuador", y cumplir con las exigencias requeridas.

7. Bibliografía

AEAP. *Historia de la Asociación Ecuatoriana de Agencias de Publicidad*. http://aeapecuador.com/historia.php (acceso: 14/11/2014).

Arroyo del Río, Carlos. *El futuro de la publicidad en el Ecuador*. http://www.falconipuig.com/cyberlex/el-futuro-de-la-publicidad-en-ecuador/ (acceso: 30/10/2014).

Camacho, Ricardo. *La Marca Notoria*. <http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001560_notorias.pdf>. (acceso: 20/10/2014).

Carbonell, José. *El impacto económico de la cultura en Perú*. Colombia: Convenio Andres Bello, 2005.

Castillo, Gerardo Nicola y Horacio Sevilla. "Tras la huella de la primera imprenta". La Hora. 04/03/2006.

Checa, Antonio. *Historia de la Comunicación: De la Crónica a la Disciplina Científica.* España: Gesbiblo, S. L., 2008.

Checa, Antonio. *Historia de la Publicidad*. España: Gesbiblo, S. L., 2007.

Canaval, Juan Pablo. *Manual de Propiedad Intelectual*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008, p. 56.

Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación. http://www.cordicom.gob.ec/el-espiritu-de-la-ley-de-comunicacion-es-alentar-la-produccion-y-creatividad-en-la-publicidad-nacional/ (acceso: 18/10/2014).

Constitución Española. Artículo 38. 29 de diciembre de 1978.

Constitución Política de la República del Ecuador, 1998. Publicada en el Registro Oficial el 11 de agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador. Artículo 14. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Corte Constitucional Colombiana. Caso Jairo José Arenas Romero c. la Ley 1438 de 2011. Resuelto el 14 de marzo de 2012. C197-12.

Corte Constitucional Colombiana. Caso Andrés Julián Estrada Otálvara c. la Ley 1101 de 2006. Resuelto el 6 de abril de 2011. C-263/11.

Eguizábal, Raúl. *Historia de la Publicidad.* Madrid: Celeste Ediciones, 1998

González, Ángel y Dolores Prieto del Piño. *Manual de Publicidad.* Madrid: ESIC Editorial, 2009.

González, Pablo. *Libertad de Competencia*. 9 de diciembre de 2009. 7 de octubre de 2014 http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocomercial/2009/12/09/libertad-de-competencia (acceso: 19/10/2014).

Ley de Defensa del Consumidor. Publicada en el Registro Oficial el12 de septiembre de 1990.

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículos 6, 7 y 8. Registro Oficial Suplemento No. 116 de 10 de julio de 2000.

Ley Orgánica de Comunicación. Publicada en el Registro Oficial el 25 de junio de 2013.

Navarro, Gutiérrez. Creatividad publicitaria. Madrid: ESIC Editorial, 2010.

OMPI. ¿Qué es la Propiedad Intelectual? http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf (acceso: 19/10/2014).

Reglamento a la Ley Orgánica de Comunicación. Publicada en el Registro Oficial el 27 de enero de 2014.

Sabogal, Luis. *Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia*. http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=emerca&page=article&op=view&path%5B%5D=2104 (acceso: 30/11/2014)

Susana Solans. *Publicidad y libertad de expresión: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. 15 de enero de 2010*. http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201012-98125456325871.html (acceso:30/10/2014).

Thomas, Jhonson. *Publicidad.* México D.F: Pearson. 2005.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial dentro del Proceso189-IP-2006.

Visca, Florencia. *Idear, planificar y ejecutar una producción.* http://www.palermo.edu/dyc/opendc/opendc2010_1/apuntes/065.pdf (acceso: 30/10/2014).